

**PODER DE DIRECCIÓN, AUTONOMÍA INDIVIDUAL Y
NEGOCIACIÓN COLECTIVA. A PROPÓSITO DE UNA
REVISIÓN SALARIAL UNILATERAL**

Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de abril de 2010

M^a INMACULADA BENAVENTE TORRES*

SUPUESTO DE HECHO: La Federación Estatal Minerometalúrgica de CCOO interpone recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 30 de junio de 2009. La empresa demandada, que cuenta con centros de trabajo en distintas Comunidades Autónomas, tiene convenio colectivo estatutario con una vigencia prevista para el año 2006. En el mismo no se prevén incrementos o revisiones salariales anuales. Denunciado dicho convenio y en ultraactividad, se constituye la mesa negociadora el 10 de enero de 2007. En la negociación de las subidas salariales para el año 2007 surgen las dificultades de alcanzar acuerdo, que se mantendrán durante tres años consecutivos. Dichas divergencias se refieren tanto a la cuantía del incremento como a si éste debe ser lineal o por méritos. A tal efecto, la empresa propone una subida salarial lineal del 1%, destinando el resto de la disponibilidad al concepto de méritos. La representación sindical hizo contrapropuesta de incremento del 4,4%, más otros incrementos para revisión individual por méritos. Ante la ausencia de acuerdo y manteniendo abiertas las negociaciones, el 1 de marzo de 2007 la empresa procede a aplicar “a cuenta” el incremento salarial del 1%. Y el 3 de mayo de 2007 pasa a adicionarle una revisión discrecional en concepto de méritos, negándose en cualquier caso a sumar un incremento salarial de carácter general al ya aplicado. Surge ahora un nuevo ámbito de disensión, en tanto los sindicatos solicitan a la empresa la relación nominal de los trabajadores con el incremento porcentual aplicable a cada trabajador y la empresa se niega a trasladársela a los negociadores.

El 14 de noviembre de 2007 se constituye la Comisión Negociadora para la revisión salarial del año 2008. En esta ocasión el banco sindical propone una subida salarial general de un 5,6%. La empresa, tras ser descartadas otras

* Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Córdoba

propuestas, se muestra dispuesta a ceder hasta un 3% de incremento salarial general, lo que es igualmente rechazado por el banco social el 16 de enero de 2008. El 4 de marzo de 2008 la empresa ofrece una subida lineal del 1,5%, más los incrementos que pudieran reconocerse individualmente por méritos y que se estiman alcanzarán al 76% de la plantilla. Ante la negativa sindical, finalmente esta última propuesta fue puesta en práctica unilateralmente por la empresa a mediados de abril, produciéndose con la suma de ambos componentes una subida del 3,245% para el personal de convenio y del 3,06% respecto del global de la plantilla. En esta ocasión y en función de Auto del Juzgado de lo Social nº 9 de Madrid, los datos individualizados sí son trasladados a los negociadores, pero no en relación nominal sino con el número de identificación global en la corporación.

Se inician las negociaciones de la subida salarial de 2009, acreditándose que la dirección en España se encuentra limitada en sus ofertas por las directrices marcadas por la empresa matriz ante la ausencia de beneficios de la empresa nacional. Es más, según reconoce la sentencia de la Audiencia Nacional, la empresa cuenta con pérdidas desde el 2002, y la plantilla ha sufrido una tremenda reducción (de 1.500 a 289 empleados). No obstante, se logra por la dirección nacional, un cierto margen (1,5%). Rechazado por el banco social –que propone un 4%- el ofrecimiento de un incremento del 1,5% exclusivamente en función de méritos, la empresa lo oferta a cualquiera de las representaciones sindicales o unitarias con objeto de llegar a un acuerdo de eficacia limitada. La Sección Sindical de CTI lo somete a votación, con resultado de 106 votos a favor y 35 en contra, con lo que suscribe el Acuerdo de eficacia limitada el 26 de marzo de 2009, cerrándose el 27 de mayo de 2009 el proceso negociador que mantenía con las otras representaciones sindicales. Finalmente, el referido acuerdo de eficacia limitada ha sido objeto de adhesión mayoritaria por 228 trabajadores, siendo la plantilla de 244.

RESUMEN: El recurso se articula en dos motivos diferenciados de aspectos complementarios de la libertad sindical (art. 28.1 CE) puesta en relación con el derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE), a saber: el derecho a la información y la sustitución intencionada e ilícita de la autonomía colectiva por una decisión unilateral del empresario, ambas durante las negociaciones de la subida salarial de 2008. Respecto del primero, el Tribunal Supremo legitima que el traslado de la información sobre los datos individualizados de los trabajadores con el incremento porcentual aplicable se haya hecho con el identificativo numérico global pero no en relación nominal. Y ello por tres motivos: la empresa no niega, sino tan sólo condiciona la entrega de dichos datos nominales al consentimiento de los afectados; no se aprecia que con la forma en que se entrega la información se esté incumpliendo del mandato del Auto del Juzgado de lo Social nº 9 de Madrid; y, finalmente, porque en cualquier caso

no puede asegurarse que con la hipotética negativa de la empresa a entregar la información solicitada –nominal o no- se esté atentando contra las facultades negociadoras de los sindicatos. En cuanto a lo segundo, tampoco cabe apreciar una actividad antisindical de la empresa deducida del hecho de que la subida salarial finalmente aplicada fuese 0.245% superior a la ofertada inicialmente a los sindicatos. Y ello por cuanto deriva de la aplicación de los parámetros de una segunda oferta que también fue rechazada y porque, en cualquier caso, la diferencia puede ser atribuida a la lícita facultad empresarial de incrementar las retribuciones en función de los méritos de sus destinatarios.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN

2. PODER DE DIRECCIÓN, AUTONOMÍA INDIVIDUAL Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA

3. Y AHORA, EL CASO PARTICULAR

1. INTRODUCCIÓN

Respecto al tema que nos ocupa, la sentencia del Tribunal Supremo se limita a abordar, en correspondencia con el planteamiento del recurso de CCOO, la problemática suscitada en la negociación y aplicación de la subida salarial de 2008. Deja al margen, tanto lo acontecido en 2007 como en 2009. Sin embargo, en la demanda planteada tanto por UGT como por CCOO y resuelta por la sentencia de la Audiencia Nacional recurrida, se cuestionó igualmente la licitud del pacto de eficacia limitada alcanzado entre la empresa y CTI por considerar que supuso una ruptura del proceso negociador con objeto, por lo demás, de convertirse aquél en un acuerdo de eficacia general mediante adhesiones individuales. Además, han quedado al margen desde su inicio las cuestiones de legalidad ordinaria, habida cuenta de la modalidad procesal de tutela del derecho fundamental de libertad sindical que se sigue ante la Audiencia Nacional y que supone en principio una cognición limitada a dicha perspectiva.

2. PODER DE DIRECCIÓN, AUTONOMÍA INDIVIDUAL Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Los argumentos que utiliza el Tribunal Supremo para convalidar la fijación unilateral por la empleadora del incremento salarial de 2008 son ciertamente sucintos y, aparentemente, de escasa transcendencia dogmática. No trae a

colación cita alguna de la doctrina judicial ni se apoya en pronunciamientos anteriores propios o del Tribunal Constitucional, limitándose a resolver el caso de manera directa y concisa. Ello no obsta sin embargo y en mi opinión, a su coherencia con aquéllas ni a la corrección de su decisión. Y ello, pese a que en una primera lectura podría parecer que viene a apartarse de la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal Constitucional 107/2000, de 5 mayo, que resuelve un supuesto también aparentemente muy similar.

La delimitación del ámbito de las facultades de gestión del empresario y de la autonomía individual frente al derecho a la negociación colectiva es uno de los grandes temas abiertos y no del todo resueltos de las relaciones laborales. Ello se manifiesta tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial donde, por lo demás, tiene un enorme peso el casuismo de los pronunciamientos.

El amparo constitucional del derecho a la negociación colectiva se ha articulado, habida cuenta de la ubicación del art. 37.1 CE, sobre la base del derecho de libertad sindical del art. 28.1 CE. Se erige así en contenido esencial de la libertad sindical en tanto es impensable que pueda privarse a un sindicato de tal capacidad de negociación, medio esencial de acción sindical para la consecución de los fines que le son atribuidos constitucionalmente (art. 7 CE y 2.2.d LOLS)¹. Ahora bien, la atribución por Ley del valor normativo y eficacia general al convenio colectivo estatutario así como el deber de negociar, desde la perspectiva del derecho de libertad sindical no puede sino considerarse vinculado a su contenido adicional². De hecho, ello permite a su vez, junto a la valoración de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida, la selección de sindicatos que puedan dar lugar a tales productos negociales (art. 6.3.d.

¹ Por todas: SSTC 23/1983, 25-3; 61/1989, 2-4; 105/1992, 208/1993, 28-6; 1-7; 127/1995, 25-7. También, por ejemplo: SSTC 98/1985, 29-7; 39/1986, 31-3; 187/1987, 24-11; y 108/1989, 8-6. Por la doctrina, por ejemplo: J. García Blasco, “La jurisprudencia constitucional relativa al derecho a la negociación colectiva”, *Temas Laborales*, n° 76, 2004, pág. 69; F. Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, “Contenido y alcance de la acción sindical”, en AAVV –coords. M^{te} E. Casas, F. Durán, J. Cruz-, “Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española”, La Ley, Madrid, 2006, pág. 285.

Consiguientemente, el recurso de amparo no alcanza a la tutela de la representación unitaria en un supuesto de negociación individual en masa que modifica las condiciones del horario fijado en Convenio sectorial para cuya alteración se remite, a su vez, a dicho acuerdo con la representación en la empresa [STC 74/1996, 30-4].

² A.M^a Carmona Contreras, “La conflictiva relación entre libertad sindical y negociación colectiva”, Tecnos, Madrid, 2000, por ejemplo en págs. 68, 69, 72, 73 a 75 –en especial en la pág. 74-; A. Ojeda Avilés, “Derecho sindical”, Tecnos, Madrid, 1995, págs. 222 y 609. También en este sentido, véase: F. Durán López y C. Sáez Lara, “Libertad sindical y acción sindical en la empresa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, REDT, n° 52, 1992, pág. 169; M^{te} F. Fernández López, “El contenido esencial de la libertad sindical y la negociación colectiva: una aproximación clásica a un antiguo problema”, REDT, n° 54, 1992, págs. 604 y 605.

LOLS)³. Se erige así, el convenio extraestatutario en una auténtica válvula de escape de la constitucionalidad de la opción del legislador estatutario⁴.

A la luz de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que veremos sobre las relaciones entre el derecho fundamental, los poderes de dirección del empresario y la autonomía individual, podríamos pensar que se apoya en exceso en el valor normativo del convenio⁵, carácter en todo caso derivado del art. 37.1 CE y no del art. 28.1 CE. Es más, conforme a los postulados de un sector doctrinal dicho valor normativo ni tan siquiera se desprende de aquél sino, de admitirse, de la legislación infraconstitucional⁶. Así, al marginarse la perspectiva estrictamente vinculada al derecho de libertad sindical, se dejan en el aire sino resueltamente desprotegidos otros productos de la negociación colectiva y, significativamente, el convenio extraestatutario⁷ que, en coherencia desde dicha perspectiva merecería similar tutela en el limitado ámbito subje-

³ Véanse, por ejemplo: SSTC. 4/1983, 28-1; 12/1983, 22-2; 73/1984, 27-6; 98/1985, 29-7; 108/1989, 8-6. Un análisis de las citadas sentencias en: F. Durán López, *Jurisprudencia constitucional y Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1992, págs. 196 a 201.

⁴ F. Valdés Dal-Ré, “El paradigma legal en la negociación colectiva”, RRLI, T.I, 1990, págs. 272 y 276.

⁵ Por todas: SSTC 105/1992, 1-7; 238/2005, 26-9. Más coherente, por su vinculación y valoración fundamental sobre el derecho de libertad sindical –acción sindical– y la posición del sindicato como representación institucional: STC 225/2001, 26-11. Observa una evolución en la doctrina constitucional desde una prevalencia del tratamiento normativo del convenio hacia la visión de éste como resultado de una acción colectiva por encima de su valor o no como fuente del derecho: M^aF. Fernández López, “Negociación colectiva y contrato de trabajo: apuntes sobre sus conexiones”, cit., pág. 169.

⁶ Como señala Durán López, el carácter normativo del convenio no deriva de la Constitución, sino, todo caso de la Ley. Por tanto, es necesario distinguir entre su valor como norma o como contrato, que supone dos opciones legales constitucionalmente lícitas que permiten –ambas– la articulación general o limitada de su eficacia, y la fuerza vinculante del convenio que impone la Constitución, y que a su vez también es distinto de su ámbito subjetivo. La eficacia vinculante del convenio colectivo, que por naturaleza es un contrato, implica desde el mandato constitucional que aquél se aplique a las relaciones individuales incluidas en su ámbito subjetivo, general o limitado, sin necesidad de que los contratos de trabajo lo incorporen expresamente o se remitan al mismo (F. Durán López, “Los convenios colectivos”, en AAVV, “El modelo social en la Constitución española de 1978”, MTAS, Madrid, 2003, págs. 175 y ss.). En similar sentido, por ejemplo: F. Valdés Dal-Ré, “El paradigma legal...”, cit., págs. 270 y ss. y en “El modelo español de negociación colectiva” en AAVV –coords. F. Pérez de los Cobos y JM^a Goerlich–, “El régimen jurídico de la negociación colectiva en España”, TB, Valencia, 2006, págs. 47, 52, 58 a 62, 75 y 77.

⁷ M^a F. Fernández López, “Negociación colectiva y contrato de trabajo: apuntes sobre sus conexiones”, cit., pág. 177.

tivo al que extienda sus efectos⁸. La normativa infraconstitucional resulta ser así un transfondo decisivo en la construcción de las citadas relaciones. Y hasta cierto punto no podía ser de otra forma en tanto integra en parte el contenido, los medios, de acción sindical de que está dotado el Sindicato⁹. No obstante, el sustrato propio de la libertad sindical, en definitiva el respeto al papel institucional que corresponde al sindicato y a la efectividad de sus medios de acción, implica la necesidad de que se supere tal visión material y a la postre legalista, para solventar los supuestos patológicos que también pueden darse respecto de los instrumentos de negociación distintos del convenio estatutario. Así, la inaplicación respecto de tales acuerdos del art. 3.5 ET, o la exclusión de los acuerdos plurales del régimen del art. 41 ET para la modificación de las condiciones fijadas por acuerdo de empresa o por convenio colectivo extraestatutario, deben ser igualmente analizados desde una perspectiva menos formal y más esencial del derecho fundamental de libertad sindical¹⁰ –marginando ahora los argumentos que también puedan derivar de y a pesar de su posible naturaleza contractual que, no obstante, exigiría igualmente el cumplimiento de un compromiso adquirido-, salvo que se quiera decididamente reconducir su tutela prevalentemente al ámbito del conflicto de intereses y al ejercicio sistemático del derecho de huelga y restringir potencialmente el concepto de antisindicalidad al de representatividad.

En lo que se refiere a la relación entre el poder de dirección, autonomía individual y negociación colectiva, podría decirse que el Tribunal Constitu-

⁸ M^aF. Fernández López, “Negociación colectiva y contrato de trabajo: apuntes sobre sus conexiones”, cit., págs. 189 y 190. Por otra parte, también si la Constitución garantiza la eficacia real del convenio colectivo, lo hace o lo impone tanto respecto de los convenios estatutarios como de los extraestatutarios, con la única diferencia de sus respectivos ámbitos subjetivos (F. Valdés Dal-Ré, “El modelo español...”, cit., págs. 70 a 75).

No obstante, así lo ha reconocido en alguna ocasión el Tribunal Supremo. Es el caso de la STS 30-4-1994, RJ 1994\3475, en que ha afirmado respecto de un acuerdo extraestatutario: <<La reserva de negociación colectiva que establece la cláusula 8^a del pacto de 1989 para poder modificar su contenido no introduce un factor de mayor intensidad a la intangibilidad del pacto, ya que ésta le viene reconocida por la naturaleza de convenio colectivo que tiene y no se podría modificar a través de pactos individuales aunque aquella cláusula no se hubiera acordado>>.

⁹ Con los límites derivados de su carácter adicional y que supone un condicionamiento de su acceso al recurso de amparo y una restricción de la competencia fiscalizadora del Tribunal Constitucional (por todos: A.M^a Carmona Contreras, “La conflictiva...”, cit., págs. 77 y ss.; M^aF. Fernández López, “El contenido...”, cit., págs. 602, 610 y 611). Más abiertamente proponen la limitación del recurso de amparo al contenido esencial de la libertad sindical, manteniendo a su vez como derecho autónomo el de negociación colectiva: F. Durán López y C. Sáez Lara, “Libertad sindical...”, cit., págs. 167 y ss. y en F. Durán López, “Jurisprudencia constitucional...”, cit., págs. 124 y ss.).

¹⁰ M^aF. Fernández López, “Negociación colectiva y contrato de trabajo: apuntes sobre sus conexiones”, cit., págs. 175 a 179. Desde otra perspectiva, pero con similares consideraciones: F. Navarro Nieto y C. Sáez Lara, “La flexibilidad en la nueva relación de trabajo”, CGPJ, Madrid, 1998, págs. 84 y 85.

cional ha marcado tres grandes trazos que deben servir de criterios guía en la valoración casuística de la adecuación constitucional de la conducta, acuerdo o precepto de que se trate. Uno, que podríamos considerar <<límite>>, conforme al cual la negociación colectiva no puede anular plenamente el espacio de la autonomía individual ni negar la libertad de empresa¹¹. Esta frontera, por más que conocida, por sí sola es escasamente esclarecedora a nivel pragmático para el intérprete. Es difícil ir mucho más allá de afirmaciones genéricas como que los derechos personalísimos no son disponibles por convenio colectivo¹² o, como insistiremos más adelante, que las facultades de gestión del personal y la autonomía individual, incluso en masa, pueden actuar –si bien bajo determinados condicionantes– más allá del convenio. Realmente, su formulación como principio general del derecho, le confiere una nula o extraordinariamente reducida capacidad para servir de límite a las diferentes opciones legales en tanto es precisamente el legislador ordinario el que parece fijar los parámetros de valoración¹³. También resultan en exceso evanescentes los límites derivados de la posible vulneración de los arts. 35, 38, e incluso art. 10 CE, en el conflicto que pueda suscitarse con el derecho fundamental de libertad sindical¹⁴. La negociación colectiva, en definitiva y por definición, es garantía y límite de los derechos individuales, siendo consustancial a la misma la prevalencia de los primeros sobre éstos¹⁵.

Las otras dos reglas son mucho más concretas, aún cuando en un primer acercamiento parezcan en exceso apegadas a la legalidad ordinaria. Una, muy concisa, conforme a la cual el ejercicio del poder de dirección y en general la autonomía individual no pueden vulnerar el convenio colectivo, encontrándose aquélla en relación jerárquicamente subordinada¹⁶. Lo contrario supondría un vaciamiento de las facultades negociadoras del sindicato y un atentado contra el papel institucional que a éste le corresponde desempeñar. Otra, más angulosa según la cual, aún sin existir norma convencional que regule la cuestión, bajo ciertas condiciones el empleador no puede fijar unilateralmente condiciones de trabajo de transcendencia colectiva. Es esta última regla en la que nos interesa

¹¹ SSTC 58/1985, 30-4; 208/1993, 28-6.

¹² Véase: J. Escribano Gutiérrez, “Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo”, CES, Madrid, 2000, págs. 117 y ss.

¹³ STC 58/1985, 30-4 –sobre jubilación forzosa pacta en convenio colectivo–.

¹⁴ Véase: M^ºF. Fernández López, “Negociación colectiva y contrato de trabajo: apuntes sobre sus conexiones”, *Temas Laborales*, n^º 76, 2004, págs. 180 y ss., y muy en particular respecto de la libertad de empresa y las posibles limitaciones de la capacidad negociadora de las asociaciones patronales a partir de la pág. 183.

¹⁵ M^ºF. Fernández López, “Negociación colectiva y contrato de trabajo: apuntes sobre sus conexiones”, *Temas Laborales*, n^º 76, 2004, pág. 166.

¹⁶ M^ºF. Fernández López, “Negociación colectiva y contrato de trabajo: apuntes sobre sus conexiones”, cit., pág. 166. En este sentido, por ejemplo: STSJ Andalucía/Sevilla 2-12-2008, AS. 2009/632.

profundizar, pues en el caso analizado la revisión salarial no estaba prevista en el convenio ultraactivo con lo que, evidentemente, no era posible la apreciación de vulneración de la norma colectiva por la fijación unilateral de aquélla. Pero realmente, ambos supuestos de hecho tienen como mínimo un elemento común vinculado a la libertad sindical. Y es que en ambos casos, la posible conducta antisindical puede ser analizada desde la perspectiva del deber de negociar y, por supuesto, de negociar de buena fe. Y ello es tan elemental como que, de no existir, de no concurrir dicho deber, en términos generales, salvo un comportamiento particularmente insidioso, no podría vulnerarse la libertad sindical desde la perspectiva de los derechos de negociación del sindicato.

Por tanto, la concurrencia del deber de negociar y la consiguiente vulneración de la libertad sindical se suscitan a partir de dos datos fundamentales que tienen que ser examinados caso por caso y que necesariamente están <<contaminados>> por la normativa infraconstitucional. Uno, consistente en averiguar si realmente la medida supone una alteración de la norma colectiva y no un suplemento, complemento, especificación o adaptación de aquélla. En tal caso, viene exigido el acuerdo colectivo para su implantación, surgiendo, consiguientemente, un deber de negociar que se traduce a su vez en el seguimiento del procedimiento ordinario para su modificación y denuncia, así como de otras fórmulas o técnicas de composición de conflictos previstas en el ordenamiento jurídico laboral o por la autonomía colectiva (ej. Comisión paritaria)¹⁷. Entonces, la capacidad de actuación unilateral o de negociación directa del empresario, más allá del estricto ámbito individual, es ciertamente marginal si existe convenio y, en última instancia, está definida por éste¹⁸. Y desde luego, es indiferente la intencionalidad de la empresa, no hay que ahondar en subjetividades; basta la apreciación del resultado lesivo. También carece de trascendencia si con la medida o con los pactos en masa se alcanzan condiciones más favorables que puedan efectivamente responder al interés de los trabajadores afectados¹⁹; aquí no se trata exclusivamente de tutelar al trabajador individual de posibles abusos, sino de proteger aparte de un derecho esencial de actividad sindical, la posición del sindicato como representación institucional o contrapoder colectivo incluso de los ataques provenientes de los

¹⁷ STC 225/2001, 26-11. En esta línea, desde una perspectiva de legalidad ordinaria: STSJ Madrid 4-4-2001, AS. 2001/2951.

¹⁸ M^aF. Fernández López, “Negociación colectiva y contrato de trabajo: apuntes sobre sus conexiones”, cit., pág. 168.

¹⁹ Si bien en opinión de un sector doctrinal, y atendiendo al papel que corresponde a la autonomía individual respecto al convenio colectivo, en tales casos la antijuridicidad de la mejora de éste mediante los acuerdos en masa exige una intención de suplantación (J.M^a Galiana Moreno, “Autonomía colectiva y autonomía individual en la regulación de las condiciones de trabajo”, RMTAS, n^o 68, 2007, págs. 19 y 20).

representados²⁰. Más que de «autodeterminación», por su alcance realmente colectivo tendríamos que referirnos en todo caso a «disensión» y ello supondría aceptar la ruptura del principio de solidaridad. Finalmente, al concurrir una pretensión de alteración del convenio, a la luz del art. 28.1 CE, puesto en relación con el art. 37.1 CE y su desarrollo legal, no sólo es insoslayable la negociación sino el acuerdo, de manera que ante el fracaso de las negociaciones no cabe su realización o suplencia mediante actuación unilateral, acuerdos individuales plurales²¹ y ni aún a través del convenio extraestatutario²².

Según venimos exponiendo y desde la perspectiva opuesta, no hay vulneración de convenio y, consiguientemente, no es predicable un deber de negociación puesto que no hay modificación, cuando éste no existe, cuando no regula la materia, o cuando se trata de una regulación abierta, es decir, no blindada expresa o implícitamente por la representación²³. Es en éste último supuesto donde reside la mayor dificultad de valoración y el campo de batalla de las distintas posiciones encontradas. Si no suele haber grandes inconvenientes en admitir mejoras sumatorias o cuantitativas sobre los conceptos previstos²⁴, no sucede lo mismo cuando de lo que se trata es de una regulación distinta cualitativamente, en tanto supone la comparación de conceptos difícilmente cuantificables, no homogéneos, y la posible contradicción con la intención de

²⁰ STC 225/2001, 26-11.

²¹ Véase: STC 238/2005, 26-9.

²² Conforme a la doctrina judicial sentada respecto de la naturaleza y eficacia de éstos y puesto que se les equipara y ubica extrañamente en el ámbito de la autonomía individual de la voluntad: «pues los pactos o convenios extraestatutarios no se integran en el sistema de fuentes de la relación laboral al no estar incluidos en el art. 3.1 ET, carecen de eficacia normativa y únicamente surten efecto entre quienes los concertaron y, finalmente, dado que de estimarse lo contrario prevalecería la autonomía de la voluntad individual de los trabajadores sobre autonomía colectiva plasmada en un convenio legalmente pactado entre los sindicatos y la representación empresarial, con lo quebraría el sistema negociación colectiva configurado por el legislador, cuya virtualidad viene determinada por la fuerza vinculante de los convenios ex art. 37.1 CE» (STS 12-4-2010, JUR 2010\192781). Véase: M^ºF. Fernández López, «Negociación colectiva y contrato de trabajo: apuntes sobre sus conexiones», cit., págs. 170 a 173, 189 y 190.

²³ Por el contrario, una regulación muy detallada del horario y de las jornadas singulares en el convenio colectivo sectorial es demostrativo de la importancia que le confirieron los negociadores e indicio de la exclusión de ordenaciones distintas para supuestos no previstos en ellas [STC 238/2005, 26-9]. En similar sentido, supone un atentado contra la libertad sindical la utilización de la autonomía individual en masa para lograr la obligatoriedad de las horas extraordinarias, cuando de la prolija regulación de la jornada en el convenio se extrae una dirección a la reducción, eliminación y voluntariedad de aquéllas (STSJ Aragón 8-1-2008, AS 2008\1083).

²⁴ No obstante no es ni mucho menos pacífico. Así, como veremos más adelante, también se discuten las mejoras que pueda introducir el empresario unilateralmente en el salario, incluso cuando consisten tan sólo en crear un nuevo complemento que premie el rendimiento y que se añade a los previstos en el convenio. En tales casos podrían considerarse por algunos alteraciones de la estructura salarial, aparte de potenciales discriminaciones y de la discusión sobre la participación en su control.

los negociadores de realizar una regulación completa y homogénea de las materias afectadas²⁵. No obstante, y pese a que efectivamente la evaluación de su adecuación al convenio puede ser más compleja, no existe motivo alguno para rechazar de plano y en base a generalismos toda medida o pactos en masa que supongan condiciones diferentes a las previstas en el convenio, en tanto como cuales quiera otras pueden llegar a ser supletorias, complementarias, o suplementarias de aquél. Condiciones distintas en definitiva pero compatibles consiguientemente, con el convenio al que se añaden o sustituyen conforme al espíritu del propio convenio sin alterarlo²⁶. Por otra parte, como veremos, también en estos casos puede interferir el segundo factor al que nos referíamos, en definitiva, la trascendencia colectiva de la materia.

Así es, retomando la segunda de las condiciones, teóricamente una vez que el convenio no se ve afectado, tendríamos que analizar si concurre un interés de trascendencia colectiva. Podríamos afirmar, que en estos casos el deber de negociar está motivado por la trascendencia colectiva de la medida.

²⁵ Vid. fundamento jurídico 6º de la STC 225/2001, 26-11. Así, llega a afirmarse sin más por alguna sentencia que sólo es posible fijar unilateralmente mejoras cuantitativas, pero no cualitativas respecto del Convenio Colectivo: STSJ. Andalucía/Sevilla 12-12-2002, AS. 2003/1069. Aún más exorbitadas, se hacen afirmaciones como las de la STSJ Andalucía/Sevilla 30-10-2007, AS. 2008/1134, conforme a las que se rechaza cualquier fijación de condiciones de trabajo colectivas por la empresa, unilateral o a través de pactos en masa, ya que se consideran contrarias a la libertad sindical por ser potencialmente parte integrante del Convenio Colectivo. Lo más llamativo de todo ello es que el convenio colectivo admitía el acuerdo con el trabajador para trabajar en sábados.

Por el contrario, y aún cuando en ello se haya observado un endurecimiento de la postura mantenida inicialmente por el Tribunal Constitucional, un ejemplo de la distinta valoración que circunstancialmente puede suponer una nueva condición como mejora de los “mínimos” previstos en el convenio frente a una auténtica alteración de las condiciones previstas en aquél: ATC 1074/1988, de 26-9 (de jornada continua a partida con menos horas) frente a la STC 105/1992, 1-7.

²⁶ STC 208/1993, 28-6, respecto de gratificaciones adicionales a las previstas en la normativa colectiva, no contrarias a éstas y que, por ello, operan en un espacio libre de regulación legal o contractual colectiva, y por ello abierto al ejercicio de la libertad de empresa y de la autonomía contractual. En similar sentido, respecto también de complemento salarial creado por la empresa y añadido al salario conforme a convenio: STS 30-4-1994, RJ 1994\3475. En este sentido abogan por la admisión de acuerdos individuales que recojan condiciones distintas y no contrarias a las previstas en el convenio y por el abandono de una visión de la autonomía individual limitada a la mejora del convenio: F. Durán López y Sáez Lara, “Autonomía colectiva y autonomía individual en la fijación y modificación de las condiciones de trabajo”, RRL, T. II, 1991, págs. 391 y 392; J.M^a Galiana Moreno, “Autonomía ...”, cit., págs 211 a 23; C. Moreno de Toro, “Contrato de trabajo y autonomía de la voluntad”, RRL, T. I, 1996, págs. 649 a 651. En similar sentido: M. Castro Conte, “El sistema normativo del salario: Ley, convenio colectivo, contrato de trabajo y poder del empresario”, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2007, pág. 420. También Cavas Martínez parece hacer bascular la valoración casuística sobre el concepto fundamental de mejora: F. Cavas Martínez, “Contratación plural de condiciones de trabajo y autonomía colectiva: ¿antisindicalidad o normalidad en la articulación entre las fuentes jurídico-laborales?”, Aranzadi Social, nº 4, 2002.

Si es contraria a la libertad sindical la negociación en masa de unas jornadas singulares distintas de las previstas en el convenio (STC 238/2005, 26-9).

Sin embargo nuestro planteamiento es inverso; en la valoración de la anti-sindicalidad de la conducta, realmente puede alcanzar a tener transcendencia colectiva porque existe previamente un deber de negociar actualizado que en su caso es vulnerado. De lo contrario y llevado a sus últimas consecuencias, se estaría imponiendo una iniciativa negociadora en supuestos no previstos en el ordenamiento jurídico. En estas situaciones, en que las facultades de gestión del empresario y de la autonomía individual topan con el derecho de libertad sindical sin vulneración del convenio²⁷, el dato que subyace en los supuestos analizados es, aún con más claridad, el de concurrir un deber de negociación²⁸. Tanto más teniendo en cuenta que «la mera circunstancia de que una materia pudiera en su momento ser objeto de negociación colectiva no supone un impedimento para acuerdos contractuales individuales o para decisiones de la empresa en ejercicio de sus poderes de gestión, al margen del alcance cuantitativo de la medida»²⁹. Es sobre el presupuesto de este deber o si se prefiere, concurriendo necesariamente con éste, en el que se asientan el resto de los aspectos que terminan por configurar dicha dimensión colectiva. Se trata de casos en los que aún cuando con la medida no se alterase el contenido del convenio colectivo, con el ejercicio del poder de dirección y con la negociación en masa se está obstruyendo, obstaculizando, suplantando, intencionadamente o no, el papel que le corresponde a la negociación colectiva con vulneración de los derechos del sindicato. También en estos supuestos resulta indiferente, como en el caso en que se aprecie con la medida o con los pactos en masa una alteración del convenio, que sean más favorables o que hayan sido aceptadas por una pluralidad trabajadores³⁰.

En cuanto a esa «transcendencia colectiva» el Tribunal Constitucional tan sólo ofrece algunas orientaciones para su apreciación. Desde luego es fundamental la naturaleza de la materia sobre la que recae, gozando en principio de tal carácter las condiciones de trabajo más importantes para el colectivo, cuales son las condiciones esenciales –no accesorias o secundarias- referidas al salario, jornada y horario. Pero realmente esa dimensión colectiva desde la doctrina constitucional deriva con más seguridad del impacto general de la medida³¹. En definitiva, si puede o no ubicarse, en un ámbito propio de la libertad individual, lo que en términos más concretos se traduce en la valoración a

²⁷ El caso más puro, el único, sería, precisamente, el de la STC 107/2000, de 5 de mayo en la que más adelante nos detenemos.

²⁸ Abiertamente, utiliza este argumento en la desestimación del recurso la STC 208/1993, 28-6, en tanto el sindicato recurrente carece de legitimación para negociar el convenio supuestamente conculcado.

²⁹ STC 208/1993, 28-6.

³⁰ STC 208/1993, 28-6. También es indiferente tal aceptación o el posible interés particular de los trabajadores en caso de vulneración de convenio colectivo: STC 225/2001, 26-11.

³¹ STC 225/2001, 26-11.

modo de indicio en el porcentaje de plantilla afectado³², o de la absoluta prevalencia o no de la causa organizativa, productiva, etc., de la medida concretado en la intencionalidad de fijación de unas condiciones generales de trabajo para un determinado colectivo, contrarias al convenio³³.

Como vemos no están total y claramente delimitados unos argumentos respecto de otros según se trate de una u otra de las situaciones referidas, es decir, vulneración de convenio y suplantación de la autonomía colectiva en supuestos en que se aprecie una trascendencia colectiva. Incluso cuando se parte de la existencia de una regulación colectiva también el Tribunal Constitucional se refiere en ocasiones a los elementos configuradores de esa «trascendencia colectiva», en definitiva a si se trata de materias fundamentales del convenio [por ser típicas de éste y por lo incisivo de su regulación –que trasluce, por otra parte, la voluntad de las partes] en un contexto de negociación individual en masa³⁴. Por consiguiente, desde la perspectiva constitucional de la libertad sindical, quedarían potencialmente al margen aquéllos acuerdos auténticamente individuales aún plurales, es decir, que pretendan atender –además del interés de la empresa, puesto que en mi opinión, excluir las causas relativas a la gestión queda fuera de lugar cuando se trata de aunar intereses- al particular interés del trabajador desde la plena libertad para su aceptación. Ello pondría en cuestión a lo sumo la eficacia del convenio (art. 37.1 CE), y con más seguridad podría suponer en su caso una vulneración de la normativa infraconstitucional al respecto, pero no constituiría, al menos en términos generales y necesariamente, un atentado con-

³² STC 208/1993, 28-6 –respecto de complementos salariales, ni hay vulneración de convenio, tan sólo mejora, ni goza de trascendencia colectiva por afectar la pluralidad de acuerdos tan sólo a 220 trabajadores en una plantilla de 50.000-

³³ Esto último puede suponer, por ejemplo y como hemos aclarado en un contexto en que los acuerdos se valoran como una modificación del convenio, en que pese al escaso número de trabajadores implicados en el global de la empresa, por ir dirigido específicamente a un departamento o servicio corresponda su configuración como medida estrictamente organizativa que lo cualifique como de carácter colectivo con independencia de que se cumplan o no los límites numéricos del art. 41 ET (STC 238/2005, 26-9). Véase su comentario por J. Escribano Gutiérrez, “Convenio colectivo y autonomía individual en masa”, *Temas Laborales*, nº 84, 2006, págs. 155 y ss.

³⁴ «la autonomía individual –o la decisión unilateral de la empresa– no puede proceder a la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo cuando ello, atendiendo a la trascendencia, importancia y significado de las condiciones laborales afectadas, eluda o soslaye la función negociadora de las organizaciones sindicales o vacíe sustancialmente de contenido efectivo al convenio» (SSTC 208/1993, 28-6; 225/2001, 26-11; 238/2005, 26-9).

tra la libertad sindical³⁵. En esta dimensión, creo que la individualización de los horarios, aún a través de pactos en masa, sería la gran asignatura pendiente en la farragosa pugna entre la autonomía individual y la colectiva, en tanto el valor y naturaleza de los particulares intereses del trabajador y su conjunción con los de la empresa, son en este ámbito especialmente dignos de consideración desde la perspectiva del art. 10 CE. Debería recuperarse en estos casos la valoración de la voluntariedad y mayor favor de la condición, y como elemento esencial determinante de la antisindicalidad la intencionalidad de la empresa derivada de sus conductas circundantes³⁶. Teóricamente también podrían quedar al margen las modificaciones unilaterales y plurales del convenio carentes de trascendencia material. Nuevamente y salvo que concurra un ánimo antisindical, la infracción sería de la legalidad ordinaria, no de la constitucional.

De la conjunción de estas ideas y sólo en estos espacios es donde tienen cabida los debates sobre la conveniencia o no de introducir en la reforma de la negociación colectiva la disponibilidad mediante acuerdo individual de los derechos derivados del convenio colectivo cuando ello esté justificado. En de-

³⁵ M^ºF. Fernández López, “Negociación colectiva y contrato de trabajo: apuntes sobre sus conexiones”, cit., pág. 170. Resulta llamativa la argumentación de la STS 7-10-2004, RJ 2004\6553, conforme a la que se admite la contratación individual sistemática de los nuevos trabajadores en condiciones distintas a las previstas en el convenio colectivo ultraactivo. Más concretamente se basa en que no se aprecia vulneración de la libertad sindical y del consiguiente derecho a negociar puesto que las negociaciones están abiertas sin que se pueda impedir a la empresa, a falta de acuerdo, dicho ejercicio de autonomía individual. Prescinde el Tribunal de valorar la aplicabilidad del convenio, que se encuentra en ultraactividad desde hace ya bastantes años, resultando las negociaciones infructuosas hasta la fecha, así como la adecuación de los contratos al convenio, en tanto considera que queda al margen del proceso de libertad sindical, limitándose a señalar que en ningún momento se ha denunciado que sus condiciones sean abusivas o ilícitas. Aquí se observan, por tanto, dos grandes cuestiones que son resueltas de manera muy pragmática a favor de las facultades de gestión empresarial. Una, piénsese que ante la ruptura de las negociaciones del convenio ultraactivo –durante largos años, por lo demás–, podría haber supuesto el punto final a su eficacia. Por consiguiente, el mantenimiento de las negociaciones no puede derivar en una restricción de la autonomía individual y de los poderes de dirección que vengan a dar respuesta a nuevas situaciones y a necesidades de adaptación para las que no estuvo pensado ni el convenio denunciado ni persigue solventar –indefinidamente– la institución de la ultraactividad. Otra, en la línea que ahora nos interesa, parece delimitar lo que es la vulneración del derecho fundamental, de lo que es la eficacia del convenio en tanto considera que el análisis de la contratación individual debe quedar al margen del proceso de tutela.

Por el contrario, mantiene la aplicación del convenio ultraactivo y el sometimiento de los poderes de dirección a las cláusulas normativas del mismo: (SAN 24-4-2006, AS 2006\1515).

³⁶ Distinto no es igual que contrario (por todos: F. Cavas Martínez, “Contratación plural de condiciones de trabajo...”, cit., págs. 14 y 15; F. Durán López, “Los convenios colectivos”, cit., págs. 183 y 184. Véase también: F. Durán López y Sáez Lara, “Autonomía colectiva y autonomía individual en la fijación y modificación de las condiciones de trabajo”, cit., págs. 391, 392, 393 y 397 a 399). En esta línea, Moreno de Toro propone la valoración subjetiva de la mejora cualitativa distinta de las condiciones previstas en el convenio: C. Moreno de Toro, “Contrato de trabajo y autonomía...”, cit., págs. 648 a 652.

finitiva, sobre materias no esenciales, que a su vez no impliquen una alteración colectiva de la norma a través de decisiones unilaterales o de contratos de trabajo, si bien teniendo en cuenta, como acabamos de decir, que una regulación «diferente» no necesariamente supone «contraria»³⁷. Quizá con la reforma por la L. 35/2010, de 17 de septiembre, de los arts. 41, 82 y 85 ET el legislador consciente o inconscientemente haya dejado una puerta abierta –al menos, y en algunos aspectos ha ido desde luego más lejos– para el desarrollo parcial de estas tesis, al admitir en los supuestos de vacío de representación la aceptación de la modificación colectiva o el descuelgue salarial –ambos– del convenio, por la comisión designada por la voluntad mayoritaria de los trabajadores. Es verdad que al no haber representación no hay obstrucción del desarrollo su papel institucional. Pero, en lo que a nosotros interesa, cabría cuestionarse si nuestros Tribunales, cuando concurren las causas previstas en tales preceptos y la medida sea razonable, se situarán por encima de los formalismos de dichos procedimientos y alcanzarán a aceptar como manifestación implícita colectiva, por ejemplo, la expresada de forma masiva mediante transacciones individuales plenamente voluntarias y con eficacia limitada a los que la hayan acordado. Por otra parte, si justificadamente también sin intervención de representantes legales o sindicales, se puede afectar al convenio *in peius*, ¿qué sentido tiene, cuando la medida esté justificada, seguir poniendo graves obstáculos –haya o no representación– a regulaciones individuales diferentes *in melius*? Esta nueva relativización de la eficacia general del convenio y de su valor normativo parece dejar en evidencia la necesidad de retomar como concepto clave el de «antisindicalidad» y marginar progresivamente las tesis legalistas.

Por último, retomando esas dos posibles situaciones, vulneración de convenio y deber de negociar sin que concorra dicha circunstancia, hay una clara diferencia, no obstante, entre ambas: si no se trata de alteración de convenio el fracaso de las negociaciones dejaría abierta la puerta a cualesquiera otros medios de intervención ya sea unilateral, plural o colectiva de eficacia limitada³⁸. Y otra más que en cierto modo ya hemos anticipado, en tanto para la alteración del convenio colectivo a la luz de su desarrollo constitucional siempre se predica un deber de negociar, para la adopción por el empresario de medidas de carácter colectivo obviamente no surge dicho deber en todo caso sino en principio –y salvo supuestos hipotéticos en los que efectivamente sí quepa acreditar materialmente

³⁷ La esencialidad que podría limitarse a cuantía de salario y duración de jornada para un sector doctrinal (F. Durán López, “Los convenios colectivos”, cit., págs. 183 y 184). Respecto del salario, también parece limitar la esencialidad a su cuantía, y no necesariamente a la estructura: F. Cavas Martínez, “Contratación plural de condiciones de trabajo...”, cit., pág. 15.

³⁸ En este sentido, una vez concluido el periodo de consultas previsto en el art. 41 ET sin acuerdo: SSTSJ Galicia 5-10-2001, AS 2001\2950; Andalucía/Sevilla 19-1-2004, JUR 2005/75034. También parece admitirlo: STSJ Castilla y León, Valladolid, 23-3-2005, AS 2005\548 –véase nota siguiente–.

una particular insidia o intención objetivada de grave menoscabo del sindicato-, y pese a que el Tribunal Constitucional se resista a descender a la normativa infraconstitucional, cuando una norma o acuerdo lo imponga³⁹.

El Tribunal Constitucional también parece dejar clara otra cuestión que nos afecta directamente al caso; el control y asignación de los complementos relativos a la productividad entra dentro de las facultades directivas⁴⁰. Y también respecto de similares complementos que vienen a premiar el rendimiento o, más ampliamente, la consecución de metas, el Tribunal Supremo alcanza a afirmar en coherencia con lo expuesto que la creación de un nuevo complemento salarial que se suma a lo previsto en el convenio colectivo sin afectar en absoluto a éste, ni altera la estructura del salario ni supone una «modificación de los sistemas de retribución y de trabajo y rendimiento [artículo 41.2,d) y e) ET], pues las condiciones generales del convenio siguen vigentes y el nuevo complemento se rige por otros criterios que no tienen por qué coincidir con los del pacto al quedar al margen del mismo»⁴¹. Es más, esta facultad de mejora o suplementación del convenio no puede cercenarse por la autonomía colectiva, puesto que, como se dijo al inicio, ello supondría tanto como eliminar totalmente la autonomía individual y hurtar un espacio que es esencialmente propio de las facultades de gestión y dirección del empresario como manifestación del derecho de libertad de empresa⁴², tan sólo limitadas en este ámbito material por la prohibición de discriminación⁴³.

³⁹ Como es el caso de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, respecto de las que el art. 41 ET establece un procedimiento indisponible mediante acuerdo individual, y cuya elusión, caso de ser de carácter colectivo, constituye una conducta contraria a la libertad sindical (STSJ Castilla y León, Valladolid, 23-3-2005, AS 2005\548). En cambio, no es necesario seguir el procedimiento del art. 41 ET para la aplicación de un plan retributivo para el personal excluido del convenio (STS. 17-11-2008, RJ 2008/7665). Ni la contratación individual plural asumida por los trabajadores voluntariamente de condiciones de trabajo más favorables (jornada, horario y salario) distintas de las previstas en el convenio colectivo es contraria a la libertad sindical ni al derecho a la negociación colectiva cuando es el propio convenio colectivo el que admite dicha exclusión (STSJ Madrid 26-1-2000, AS 2000/1294).

⁴⁰ STC 208/1993, 28-6. En similar sentido, respecto de las gratificaciones extraordinarias no previstas en el convenio colectivo, justificadas por los resultados de la empresa en un contexto de bloqueo de negociación del convenio denunciado (SAN 24-4-2006, AS 2006\1515 confirmada).

⁴¹ STS 30-4-1994, RJ 1994/3475. En similar sentido: STSJ Andalucía/Sevilla 12-12-2002, AS. 2003/1069. También en esta línea, respecto de régimen salarial más favorable extramuros del convenio colectivo: STS. 17-11-2008, RJ 2008/7665.

⁴² De nuevo, véase: STS 30-4-1994

⁴³ STC 107/2000, 5-5: «resulta que en el primero de los casos, quebraría la identidad de supuestos, toda vez que el incremento salarial se debe a una evaluación individualizada hecha por expertos... Parece, pues que el incremento salarial para los trabajadores obedece a una justificación razonable, siendo por otro lado incontestable que el art. 14 CE no impone una solución igual para supuestos no idénticos, amén de que es doctrina de este Tribunal que en materia de relaciones laborales no es exigible «una igualdad de trato en el sentido absoluto» (STC 34/1984, 9-3), al existir margen, siquiera sea limitado, para el juego de la autonomía de la voluntad e incluso para la determinación unilateral del empresario (SSTC 45/1984, 2-7-3; 105/1992, 1-7; y 208/1993, 28-6)».

3. Y AHORA, EL CASO PARTICULAR

Sentadas estas bases, nos encontramos en disposición de abordar la comparación que anunciábamos al principio entre la sentencia objeto de comentario y la del Tribunal Constitucional 107/2000, de 5 mayo. Como dijimos se trata de un caso muy similar en el que, constituida la comisión negociadora del Convenio colectivo de la empresa el 30 de diciembre de 1992, se celebran diversas reuniones, concretamente cinco, en el espacio de poco más de un mes. Al no obtenerse acuerdo, la empresa formuló una última propuesta, con el carácter de definitiva e irrevocable, fijando como plazo máximo para su aceptación el día 31 de marzo. No obteniendo respuesta a dicha propuesta, la empresa da por concluidas las negociaciones y procede a realizar unilateralmente la revisión salarial para 1993, partiendo de un sistema de valoración sobre el desempeño del trabajo, resultando que, en porcentajes que van desde el 3 al 6 por 100, 416 trabajadores vieron incrementados sus salarios, mientras que 63 no obtuvieron incremento alguno. Al año siguiente se aprobó el convenio colectivo para 1994, en el que se acordó que todos los trabajadores que no tuvieron incremento salarial en 1993 tuvieran una subida del 3 por 100 de su salario fijo de tablas vigentes en 1993, con efectos de 1 de enero de 1994. Las similitudes son evidentes. Pero, ¿cuáles son las discrepancias materiales que puedan justificar una solución distinta y no obstante coherente en uno y otro supuesto?

La diferencia material reside exclusivamente en la valoración del cumplimiento del deber de negociar del convenio denunciado⁴⁴. Y hemos de advertir, que la STC 107/2000 que ahora nos sirve de contraste es el supuesto más puro, más claro, de los abordados por dicho Tribunal en los que no hay contradicción con el convenio y sin embargo sí se aprecia vulneración del derecho de libertad sindical. Pero, de haber existido una cláusula de revisión salarial en el citado convenio, ¿habría cambiado en algo la argumentación del Tribunal? ¿Podría haberse basado en consideraciones vinculadas al carácter normativo del convenio o al quebrantamiento del sistema de negociación colectiva? Pues probablemente se plantearían dificultades que harían necesaria o más conveniente una argumentación como la que se hizo. Piénsese que si bien es verdad que a nivel de legislación ordinaria hipotética y formalmente podría cuestionarse si con la ruptura de las negociaciones el convenio había perdido totalmente su vigencia, lo cierto es que tanto el contexto en que actúa la empresa como los

⁴⁴ Un deber de negociar que, en opinión de Elorza Guerrero, se extiende no sólo al convenio colectivo sino también cuando éste no sea posible al acuerdo de empresa. Parte el autor de una interpretación del término «negociación colectiva» de los arts. 26.3 y 36.2 ET que abarca tanto al convenio como al acuerdo estatutario –no así a los extraestatutarios– (F. Elorza Guerrero, “El poder del empresario y la fijación de salarios”, *Aranzadi Social*, Vol I, 2001, pág. 429).

efectos de su medida, señalan la necesidad de una contundente tutela a riesgo, en caso contrario, de dejar vacío y sin efecto el derecho fundamental de libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva con justificación en puros formalismos⁴⁵.

Y esto le da un valor añadido a la sentencia. En definitiva, aprecia el Tribunal que hay más que suficientes indicios de conducta antisindical en la intransigencia de la empresa, el escaso margen temporal de la negociación, en el hecho que la ruptura de las negociaciones deriven de la decisión de la empresa, en la inmediatez de la ejecución de su decisión al respecto, en la ausencia de cualquier intento de solución del conflicto de intereses acudiendo a alguno de los cauces legal o convencionalmente previstos, incluida la ausencia de consulta prevista en el art. 64.1.3 d) y e) ET. Con lo que efectivamente subyace el intento y el nocivo efecto, de una modificación unilateral del convenio con marginación, socavamiento y si se prefiere, desprestigio público de la representación.

Y ello, en cambio, no es apreciable en el caso resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2010 que comentamos. Con la revisión salarial que practica la empresa igualmente no hay alteración alguna de convenio colectivo. Desde luego que aquélla, como reconoció la sentencia del Tribunal Constitucional 107/2000, de 5 mayo, tiene una transcendencia colectiva indudable y es una materia esencial que de hecho asume el protagonismo de las negociaciones y que, desde luego y en consecuencia, debe ser objeto de negociación. Pero en este caso, además, el Tribunal aprecia serios intentos por parte de la empresa de llegar a un acuerdo y unas negociaciones mucho más intensas en las que la empresa modifica y baraja diversas propuestas. Parece pesar también una especie de <<hacerse cargo>> de las dificultades que atraviesa aquélla y que pueden justificar la razonabilidad de los límites y márgenes en que se mueven sus ofertas. No hay, por consiguiente vulneración del deber de negociar, con lo que imposibilitado el acuerdo y lícitamente rotas las negociaciones, no hay inconveniente alguno en la actuación unilateral de la empresa en el ejercicio de sus poderes de dirección de valoración de méritos y de mejora de las condiciones previstas en el convenio colectivo ultraactivo. Hay que tener en cuenta que, desde luego, la aplicación por el empresario de condiciones más favorables a las obtenidas por los sindicatos a través de la negociación puede constituir una práctica antisindical, siempre y cuando de ello se deduzca una intencionalidad por parte de aquél de desincentivar el hecho sindical⁴⁶. Pero en el caso, no se observa por el Tribunal una maniobra que

⁴⁵ Obvia también cualquier cuestionamiento sobre la vigencia del convenio denunciado y que pretende ser sustituido –tras, a lo sumo, dos años- por acuerdos suscritos en masa, sin que conste en la sentencia, no obstante, que las negociaciones se han roto: STSJ. Andalucía/Sevilla 24-10-2002, AS 2003/647. Véase nota 35.

⁴⁶ F. Durán López y C. Sáez Lara, “Autonomía colectiva...”, cit., pág. 385.

persiga socavar el papel de la representación; el hecho de que la subida salarial finalmente aplicada sea algo superior a la ofertada inicialmente, además de ser de escasa entidad, es producto de la aplicación de los parámetros de una segunda oferta que también fue rechazada.

Y lo mismo cabe predicar respecto del año 2009, pese a que el Tribunal Supremo, a diferencia de la sentencia de la Audiencia Nacional recurrida y confirmada, no se pronuncie al respecto habida cuenta que en el recurso se desisten de atacar el acuerdo colectivo extraestatutario y la masiva adhesión de los trabajadores a él. Y ello por cuanto el deber de negociar no puede confundirse con la obligación de convenir, ni con la de mantener indefinidamente una negociación que no produce acuerdos, como tampoco supone un deber de reanudación de las negociaciones una vez finalizadas salvo que se plantee una plataforma negociadora novedosa en contenido o en el tiempo⁴⁷. Por tanto, no cabe apreciar vulneración del derecho de libertad sindical por la negociación de convenio colectivo extraestatutario a consecuencia de crisis negociadora⁴⁸. Y ello aún cuando sea exigible que se hayan agotado las posibilidades de negociación⁴⁹. Por otra parte, el convenio extraestatutario ni siquiera es impeditivo de la extensión o de la negociación estatutaria, ni justifica, consiguientemente, la negativa a negociar⁵⁰. Finalmente, tampoco puede confundirse lo que es una adhesión masiva al acuerdo extraestatutario, factible y lícita, con lo que es la utilización del contrato extraestatutario para suplantar la negociación estatutaria y el derecho a negociar de los legitimados para ello al establecer una regulación que por su naturaleza ostente una vocación de generalidad⁵¹.

⁴⁷ SSTS: 3-2-1998, RJ 1428; 9-3-1998, RJ 1998/2372; 30-9-1999, RJ 1999/8395; 1-3-2001, RJ 2001/2829; SSAN 29-1-1991, AS 1991/1906 y 13-10-1998, AS 1998/3854; SSTSJ. Galicia 20-10-2003, JUR 2004/178081 y Cataluña 16-12-2006, AS. 253.

⁴⁸ STC. 108/1989, 8-6; SSTS 30-5-1991, RJ. 5233; 17-10-1994, RJ. 8052; 1-3-2001, RJ. 2829; 22-5-2006, RJ. 4567. Pero, claramente, no hay obligación de negociar convenios extraestatutarios [por todas: SSTS. 28-3-1994, RJ. 2644; 30-9-1999, RJ. 8395; 14-2-2005, RJ. 2914].

⁴⁹ STC 107/2000, 5-5; STSJ Cataluña 31-1-2003, 578.

⁵⁰ STS. 30-9-1999, 8395; STSJ. Cantabria 31-12-2001, JUR 2002/70251. Véase también STS. 22-5-2006, RJ. 2006/4567; STSJ. Andalucía/Sevilla 30-1-2002, AS. 2002/4002. De hecho, la previa negociación de un convenio extraestatutario, no impide la negociación por el mismo sindicato de otro estatutario de vigencia simultánea (STS. 14-2-1996, RJ. 1996/1017).

⁵¹ SSTS 30-5-1991, 5233. También, por ejemplo: SAN 19-4-2005, AS 2005/2547.